

# Comentario a la sentencia recaída en Recurso de Protección, de la Corte Suprema, 22 de enero de 2022

## *Commentary on the judgement of the Supreme Court on the appeal for constitutional protection, 22 January 2022*

**Yenny Pinto Sarmiento**

Universidad Católica de la Santísima Concepción, Concepción, Chile.  
Correo electrónico: ypinto@ucsc.cl. <https://orcid.org/0000-0001-8703-1958>.

*Recibido el 20/06/2022*

*Aceptado el 30/06/2022*

*Publicado el 30/06/2022*

<https://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2022.n40-09>

**RESUMEN:** La sentencia que se comenta corresponde al fallo de la Corte Suprema, de 22 de enero de 2022, recaída en recurso de protección. El recurso correspondía a uno deducido por un funcionario municipal en contra del Decreto Alcaldicio que dispuso el retorno al trabajo presencial, no obstante tener que dedicarse al cuidado personal del hijo de dos años. En el comentario se analizan dos aspectos: por un lado, la necesaria conciliación del trabajo y la vida familiar; la otra, la cuestión de la aplicación del teletrabajo y sus alcances, a los funcionarios públicos.

**PALABRAS CLAVE:** Conciliación vida familiar, teletrabajo.

**ABSTRACT:** *The judgement in question is the ruling of the Supreme Court of 22 January 2022, handed down in an appeal for constitutional protection. The appeal was filed by a municipal official against the Mayor's Decree that ordered his return to work in person, despite having to devote himself to the personal care of his two-year-old son. The commentary analyses two aspects: on one hand, the necessary reconciliation of work and family life; on the other, the question of the application of teleworking and its scope to civil servants.*

**KEY WORDS:** *Work-life balance, family life, teleworking.*

## I. LA SENTENCIA

La sentencia que comentamos corresponde al fallo recaído en recurso de protección, causa rol 71654-21, indicador Microjuris MJJ308551.

El fallo revoca la sentencia de primer grado, dictada por la Corte de Apelaciones de San Miguel. Para la Corte, corresponde revocar la sentencia apelada y acoger el recurso de protección deducido por el funcionario municipal en contra del Decreto Alcaldicio que dispuso el regreso a trabajo presencial a su respecto, no obstante que debe hacerse cargo del cuidado de su hijo de 2 años de edad, debido a la imposibilidad de su cónyuge de hacerlo. Al respecto, la Ley N° 21.342 se yergue como un estándar general de seguridad en el trabajo en el contexto de la contingencia sanitaria que aún afecta al país y por ende, aun cuando pudiera desprenderse del empleo de los términos «empleador» y «trabajadores» que no resulta forzoso para los órganos de la administración su ejecución directa, lo cierto es que es una norma que resulta igualmente aplicable, en el contexto de pandemia, en el que la aplicación de medidas sanitarias que protejan a la población resultan no solo necesarias, sino exigibles a todas las autoridades del país, considerando por lo demás el carácter obligatorio de los dictámenes de Contraloría General de la República para las entidades como la recurrida. Así, habiéndose acreditado la necesidad por parte del funcionario municipal de mantener teletrabajo, ya que en los hechos tiene bajo su cuidado a su hijo menor de 2 años de vida – por imposibilidad de la madre de llevarlo a cabo – resulta arbitraria la decisión de la autoridad edilicia en cuanto le niega la posibilidad de seguir realizando sus labores por vía de teletrabajo; ello, por lo demás, en ausencia de prueba en contrario que permita acreditar de modo fehaciente la estricta necesidad de presencialidad en el desarrollo de su función, así como del eventual perjuicio para el municipio en que se mantenga dicho régimen excepcional al funcionario.

Según la Corte, la medida cuestionada ha afectado la garantía de igualdad ante la ley del actor, desde que estando en una de las situaciones contempladas en la ley, pues el recurrente está al cuidado de su hijo menor, al menos de manera temporal, se le impide acceder a una modalidad de trabajo, que le permita ejecutar a cabalidad dicho cuidado.

En efecto, el recurrente acreditó que es padre de un menor de 2 años, precisamente una de las hipótesis contempladas en la ley para acceder al teletrabajo, esto es, y que su cónyuge por prescripción médica no puede dedicarse a su cuidado, requiriéndose su presencia para tal fin (según lo certifica el médico tratante), por lo que necesariamente debe concluirse que está en la hipótesis de «al trabajador o trabajadora que tenga bajo su cuidado a un menor de edad», no distinguiendo la ley si dicho cuidado debe ser permanente o temporal, no siendo lícito en consecuencia al intérprete distinguir.

Agrega la Corte, en sus razonamientos que el funcionario municipal recurrente ha desempeñado sus labores, en modalidad de teletrabajo desde que se impusieron restricciones sanitarias de movilidad, debido al avance de la pandemia de Covid 19, de ello dan cuenta los propios dichos de la recurrida y de igual modo, se allegaron informes semanales de trabajo que debe remitir, de cuyo análisis, igualmente se concluye que tal modalidad no ha sido óbice para el cumplimiento de sus obligaciones laborales, y, de contrario, la recurrida no ha acreditado de modo fehaciente que las funciones por él desempe-

ñadas requieran para su correcta ejecución, como lo sostuvo, de su asistencia presencial. En consecuencia, el recurrente mantiene una efectiva necesidad de permanecer en su hogar para dedicarse al cuidado de su hijo y, si bien las razones por las cuales ello debe concretarse no se condicen de modo exacto con los casos expuestos en el artículo 1 de la ley 21.342, la norma legal en esta materia se erige como un estándar general, no en un catastro hermético y excluyente de situaciones a las cuales se deben aplicar los criterios que subyacen a su dictación, que en la especie no son sino la protección de la niñez.

## II. ANÁLISIS DE LA ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL

### A. Conciliación de la vida familiar y corresponsabilidad en el cuidado de los hijos

Aunque no recae directamente en un procedimiento laboral, la sentencia contiene dos aspectos, intensamente debatidos e importantes en el último tiempo, en el ámbito laboral. En primer lugar, la necesaria conciliación de la vida familiar y la corresponsabilidad de las tareas del hogar. En segundo lugar, el estatuto del teletrabajo y su aplicación a los funcionarios públicos. Veamos cada uno de dichos aspectos.

Efectivamente, este es el primer aspecto que se rescata del fallo. La sentencia, en efecto, da cuenta que una realidad familiar que implicaría la necesidad de que el trabajador tuviese que mantener el régimen de teletrabajo, a saber, dedicarse al cuidado de su hijo menor de 2 años.<sup>1</sup> Pero el mismo fallo esconde el problema de considerar la participación masculina en el cuidado de los hijos, en subsidio del auxilio materno. Aunque el fallo es breve y no se refiere específicamente a esta cuestión, está implícito este razonamiento, en la medida que tuvo que acreditarse que la mujer no estaba en condiciones médicas de dedicarse al cuidado del hijo. Nos preguntamos si la decisión hubiese sido la misma, acreditándose que la mujer estaba en condiciones de cuidar al hijo común.

Esto se origina, como lo señala un informe de la Dirección del Trabajo, porque en la cultura occidental se suele identificar a las mujeres como madres, depositando en ellas la responsabilidad del cuidado de los hijos,<sup>2</sup> en contraposición al espacio laboral que ha estado históricamente asociado a la idea de hombre proveedor.<sup>3</sup>

Por tanto, el teletrabajo, como veremos, tiene una íntima conexión con la conciliación de la vida familiar,<sup>4</sup> y con la determinación de los roles comunes en el cuidado de los hijos. Sin embargo, existe una

---

<sup>1</sup> Para un análisis de la regulación en Chile, relativa al cuidado de hijos menores con necesidades de salud, introducido en el artículo 199bis del Código del Trabajo, mediante la Ley N° 21.063, véase PINTO (2018), pp. 523 y ss.

<sup>2</sup> Véase RIQUELME (2011), p. 15.

<sup>3</sup> En este sentido, véase CAAMAÑO (2004); CAAMAÑO (2008), p. 328.

<sup>4</sup> Se puede observar en su mensaje, enumerando entre sus objetivos la corresponsabilidad parental, al establecer que busca potenciar un cambio cultural que los tiempos actuales nos exigen en materia de responsabilidad parental. Al mencionar la necesidad de la construcción de un país más justo e inclusivo lleva aparejada la necesidad de una responsabilidad compartida. Añadiendo la necesidad de medidas concretas que permitan a los padres adaptarse de mejor manera a sus necesidades familiares

coincidencia generalizada respecto al papel importante que juegan los elementos que conforman la delimitación de un espacio de conciliación entre la vida familiar y laboral, que adquiere un relevancia ejemplificadora cuando se comparan las intenciones de tener hijos y en un determinado número, con los datos reales sobre el número de hijos que finalmente se tienen. En este sentido, la Unión Europea ha planteado la necesidad de una mejor conciliación de la vida familiar y profesional para incrementar la participación de la mujer en el mundo laboral e impulsar la natalidad.<sup>5</sup>

En el caso de Chile, en los últimos años se ha producido una gran disminución en la cantidad de hijos por mujer en edad fértil, provocando una baja en la tasa de natalidad, de un 22,9% a 11,99%, entre 1990 y 2020,<sup>6</sup> y un relativo envejecimiento de la sociedad chilena.<sup>7</sup> Algunas de las explicaciones para dicha disminución son mayores niveles de educación, el incremento de participación laboral femenina, el mayor y mejor conocimiento de métodos anticonceptivos y el retraso o postergación de la primera unión, legal o consensual.<sup>8</sup>

Junto a lo anterior, también se añade la difícil tarea de conciliar la vida laboral y familiar,<sup>9</sup> puesto que a pesar de que en los últimos años se ha comenzado a reconocer la demanda creciente por armonizar trabajo y vida familiar, los esfuerzos no han sido suficientes. En efecto, la imposibilidad que enfrentan las mujeres de conciliar su vida laboral con la familiar repercute directamente en la participación laboral femenina. Es el caso, por ejemplo, de España, país en el que se ha detectado que, entre los motivos que mueven a las mujeres a abandonar su puesto de trabajo se encuentra el hecho de casarse o tener hijos. A lo que se suma que las mujeres dedican tres veces más tiempo que los varones

---

y especialmente a la atención y cuidado de sus hijos, y esta tarea se menciona al trabajo a distancia como una herramienta de adaptabilidad laboral, que permite compatibilizar el cuidado de los hijos con la participación en el mercado laboral sin tener que optar por una y otra. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/7735/>.

<sup>5</sup> TORTUERO (2006), pp. 23-25.

<sup>6</sup> Para los indicadores, véase <https://datosmacro.expansion.com/demografia/natalidad/chile>. La mujer chilena tiene actualmente mayores posibilidades de desarrollo educacional, laboral, académico y profesional, que sumado al fácil acceso para el control de su fertilidad, hace que la tasa global de fecundidad en 2004 fuese de 1,9 hijos por mujer. Ya lo advertía Donoso "Lo preocupante es que esta cifra es inferior a la tasa de recambio poblacional que es de 2,1 hijos por mujer, concepto que significa que los hijos nacidos por cada mujer no alcanzarían para renovar la población al momento del fallecimiento de sus progenitores". En este sentido DONOSO (2007), p. 73.

<sup>7</sup> Al año 2007 los adultos mayores en Chile ascendían a 2.005.684, y al comparar con la población menor de 15 años la proporción de adultos mayores era uno por cada dos niños y niñas, esperando que para el 2025 sea una relación de 103 por cada 100 menores de 15. Disponible en <http://www.inec.cl/docs/default-source/FAQ/enfoque-estad%C3%ADstico-adulto-mayor-en-chile.pdf?sfvrsn=2>. Actualmente, los adultos mayores, personas de 60 años y más, alcanzan la cantidad de 3.449.362, correspondiente al 18% de la población chilena.

<sup>8</sup> Disponible en <https://portal.sernam.cl/img/upoloads/Informe%20Comisión%20Asesora%20Presidencial,%20Mujer%20Trabajo%20y%20Familia.pdf>

<sup>9</sup> La incorporación de la mujer al mundo laboral ha generado una serie de cambios sociales, dónde los roles tradicionales, hombre-proveedor y mujer-dueña de casa, están cambiando, aumentando incluso los hogares monoparentales y unipersonales. Lo anterior, presenta nuevos desafíos que implican responsabilidades y obligaciones compartidas, sin embargo se presenta la dificultad de compatibilizar el desarrollo de la vida profesional y laboral, con las responsabilidades familiares y personales. Y en este contexto, hablar de corresponsabilidad implica reconocer que en el hogar es necesario el aporte de todos sus miembros. Sin contar con la necesidad del desarrollo personal, puesto que cada persona necesita el espacio para realizar actividades que le permitan descansar, recrearse, aprender, etc. En este sentido, véase el "Estudio percepciones y prácticas de conciliación y corresponsabilidad en organizaciones públicas y privadas", disponible en [https://www.ese.cl/ese/site/artic/20180710/asocfile/20180710103928/estudio\\_sernam\\_uandes\\_2014\\_\\_1\\_.pdf](https://www.ese.cl/ese/site/artic/20180710/asocfile/20180710103928/estudio_sernam_uandes_2014__1_.pdf)

a labores no remuneradas.<sup>10</sup> Por eso, en Chile respecto de las normas de protección a la maternidad, podemos distinguir dos etapas. Una, en que surgen normas de carácter protector a la mujer y al hijo que está por nacer; y una segunda etapa, en la que se comienza a introducir la noción de equidad y el tema de la discriminación. En la primera surgen prohibiciones explícitas, como el caso de los trabajos nocturnos, minería subterránea, etc., y la segunda coincide con la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.<sup>11</sup>

Es menester señalar, que aun cuando se ha comenzado paulatinamente a cambiar los roles de mujer reproductiva y soporte familiar, versus el hombre con un rol productivo y sostén económico de la familia, no debemos dejar de matizar estas ideas, puesto que, de acuerdo a lo señalado por Tortuero Plaza: *“La primera matización a realizar es que la mujer coparticipa en un mundo ajeno en su dimensión colectiva”,* y añade que: *“(…) la mujer no se incorpora, en el sentido de salir de un espacio para adentrarse en otro. La mujer sin abandonar el espacio asignado, su rol reproductivo, coparticipa en el mercado laboral, integrándose en un sistema de organización productiva ajeno, en la medida que aquél estaba (y está) organizado por y para los hombres, en función del rol social autoatribuido colectivamente”*.<sup>12</sup>

Es en este contexto en el que surge la necesidad de buscar alternativas que permitan conciliar la vida laboral con la familiar, siendo una de las soluciones más comentadas el trabajo a tiempo parcial. Sin embargo, Tortuero señala al respecto que: *“las mujeres no quieren el trabajo a tiempo parcial como instrumento principal de integración en el mercado laboral. El trabajo a tiempo parcial, implica menos salarios, reduce la independencia económica, dificulta la carrera profesional, reduce los derechos respecto de las futuras pensiones...; en definitiva, sitúa a la mujer en una posición marginal dentro de una estructura productiva, social y económica organizada a tiempo completo, al tiempo que constituye un caldo de cultivo apropiado para las conductas discriminatorias adoptadas en un espacio teóricamente neutro”*. Aun cuando añade que: *“Podría ser un instrumento apropiado para múltiples finalidades y, en especial, para que temporalmente hombres y mujeres concilien la vida familiar, personal y profesional”*.<sup>13</sup>

Además, es necesario indicar que el objetivo no debiese ser conciliar la vida personal y familiar con la vida laboral de las mujeres, puesto que, como señala Lousada: *“Si ello no se acompaña de medidas más trascendentales supone perpetuar el estereotipo de asunción femenina de las responsabilidades familiares, posibilitando además una vuelta al hogar”*; y, continúa señalando que: *“(…) hoy en día lo pretendido es la asunción igualitaria, por hombre y por mujeres, de las responsabilidades familiares, facilitando a ambos sexos, en igualdad de oportunidades, conciliar la vida personal, familiar y laboral”*.<sup>14</sup>

<sup>10</sup> PABLOS DE ESCOBAR (2004), pp. 2 y ss. Véase RODRÍGUEZ (2005), pp. 48-49. Véase también CASAS BAAMONDE (1998), p. 2; BARRAÑO y DE LA PAZ (1999), p. 19.

<sup>11</sup> Véase RIQUELME (2011), pp. 16 y ss. Giménez: *“El segundo mecanismo a través del cual las sociedades satisfacen sus necesidades de cuidado es la especialización social. Se asignan las tareas de cuidado a un segmento o grupo social específico y todas las sociedades han optado por las mujeres. En la mayoría de los casos se asignaron los roles productivos a los hombres, al considerarlos los únicos habilitados social y hasta legalmente para garantizar la subsistencia familiar o comunitaria. Según dicha división se designó a las mujeres como encargadas exclusivas o principales de las tareas de cuidado”*. Véase GIMÉNEZ (2004), p. 105.

<sup>12</sup> TORTUERO (2006), pp. 17-18.

<sup>13</sup> TORTUERO (2006), pp. 28-29.

<sup>14</sup> LOUSADA (2008), p.8.

## B. Teletrabajo: su aplicación a los funcionarios públicos

Cuando hablamos de flexibilidad, uno de los temas presentes es la incorporación de las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo, introduciendo las redes sociales e internet, como mecanismos de organización de trabajo masivo, lo que se ha convertido en una forma de trabajo libre, permitiendo a los ciudadanos ofrecer sus servicios mediante herramientas virtuales, lo que no sólo fomenta nuevas oportunidades de empleo, sino también modalidades de trabajo flexible.

Entre ellos encontramos un gran grupo de trabajadores que realizan la prestación de sus servicios a través de las plataformas digitales. De acuerdo con el informe entregado por la OIT, podemos mencionar dos tipos de plataformas: las plataformas en línea, en las cuales el trabajo se terceriza mediante convocatorias abiertas a una audiencia geográficamente dispersa (conocida como *crowdwork*), y las aplicaciones móviles con geolocalización, en las que el trabajo se asigna a individuos situados en zonas geográficas específicas.<sup>15</sup>

En efecto, el impacto de las nuevas tecnologías en el fenómeno de la contratación y, del Derecho laboral en particular, ha sido profunda.<sup>16</sup> La irrupción de nuevas formas de trabajo, en las que predominan las nuevas tecnologías, ha puesto en tensión los presupuestos clásicos de la subordinación y dependencia, y ha representado desafíos importantes en términos de calidad del empleo, impacto y formación de los trabajadores.<sup>17</sup> Como señala Ambesi: “*Tal combinación provocó una nueva presión sobre los derechos locales al promover: a) un modelo productivo organizado de manera transnacional; b) un marco de relaciones laborales de perfil horizontal y basado en el cumplimiento de objetivos; c) la consideración instrumental de las fuentes jurídicas; d) la influencia de procedimientos técnicos y de certificación de calidad, destinados a garantizar legitimidad, transparencia y eficacia, por sobre otros objetivos*”.<sup>18</sup>

Así, se estima que el fenómeno del trabajo a distancia y del teletrabajo, se ha presentado como la forma bajo la cual puede desarrollarse el trabajo en el futuro.<sup>19</sup> Se ha considerado que el trabajo a distancia y, el teletrabajo en particular, favorece la conciliación con la vida familiar.<sup>20</sup> Como indica Mella, en esta línea, una importante ventaja desde la perspectiva del trabajador, es la flexibilidad laboral y personal, señalando que aquella es entendida como “*mayor autonomía a la hora de realizar la activi-*

---

<sup>15</sup> Disponible en [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms\\_684183.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_684183.pdf).

<sup>16</sup> GAMONAL (2010), pp. 35 y ss.; GAUTHIER (2016), pp. 1-4; LLAMOSAS (2015), pp. 13 y ss.; RASO (2016), p. 269; ROCHA (2017), pp. 262 y ss.; RODRÍGUEZ (2015), p. 70.

<sup>17</sup> De hecho, las tecnologías han provocado el denominado paro tecnológico o estructural, que tiene entre sus causas básicas modificaciones en los procesos productivos por aparición de nuevos métodos de producir o de nuevas máquinas o instalaciones que exigen menos mano de obra que la anteriormente utilizada; la desaparición de procesos dedicados a la producción de bienes o servicios devenidos inútiles o sustituidos por otros que cumplan sus mismas finalidades o satisfagan las mismas necesidades. Véase CAAMAÑO (2005), pp. 25 y ss.; CARDONA (2003), pp. 157-158; RODRÍGUEZ (2007), pp. 283 y ss.

<sup>18</sup> AMBESI (2019), p. 254. En un sentido similar, SÁNCHEZ-CASTAÑEDA (2010), pp. 229-230.

<sup>19</sup> OSIO (2015), pp. 412-413; RODRÍGUEZ (2015), p. 69.

<sup>20</sup> CAAMAÑO (2010), pp. 96 y ss.

*dad laboral, o sea, respecto del cómo y cuándo trabajar. En este sentido, se añade que esta libertad es un elemento clave para poder conciliar vida laboral y privada de la persona y ser capaz de organizarse para atender bien los dos mencionados aspectos de la vida”.*<sup>21</sup>

En efecto, junto a lo anterior, también se añadir la difícil tarea de conciliar la vida laboral y familiar, puesto que a pesar de que en los últimos años se ha comenzado a reconocer la demanda creciente por armonizar trabajo y vida familiar, los esfuerzos no han sido suficientes, como hemos advertido. En efecto, la ventaja relativa a la conciliación de vida familiar puede esconder, como problema, la dificultad en separar la vida familiar de las labores encomendadas,<sup>22</sup> o bien, problemas asociados a la ergonomía (mala equipación, inadecuación de los espacios, luz, entre otros); otros al horario (trabajar poco o en exceso, o hacerlo en horarios distintos al bioritmo natural, entre otros);<sup>23</sup> o, al acceso a medios informáticos que permitan el trabajo, bajo esta modalidad.<sup>24</sup> También se ha estimado que el trabajo a distancia, en general, pueden encubrir, con facilidad, formas de trabajo informal.<sup>25</sup>

En general, el teletrabajo debe reunir, según la doctrina, tres elementos: a) uno geográfico, en el sentido que la prestación del trabajador se presta en un lugar distinto al domicilio de la empresa (de ahí que se trate de una forma de trabajo a distancia), el domicilio del propio trabajador u otro que determine el empleador; b) elemento tecnológico, es decir, el empleo de medios telemáticos que permitan el desarrollo de la área productiva; y, c) elemento organizativo, en el sentido que dichas herramientas telemáticas se destinan como giro para la realización de actividades propias de la empresa, bajo la dirección del empleador.<sup>26</sup> Buira, a quien seguimos, entiende que, lo que caracteriza, desde el punto de vista jurídico al teletrabajo, no es sólo lo que denomina el e-trabajo, sino que estamos en presencia de una especial organización laboral, cuyos servicios se prestan a través de medios de comunicación telemáticos.<sup>27</sup> Esta cuestión tiene mucha importancia, porque es el aspecto que enfatiza especialmente la Ley Nº 21.220, que seguidamente veremos.

En nuestro país, la Ley 21.220 regula el trabajo a distancia, por primera vez en el sistema chileno, introduciendo en el Código del Trabajo un Capítulo IX, en el Título II, del Libro I.<sup>28</sup> Una primera precisión técnica de importancia es que, para la regulación chilena, el género es el trabajo a distancia,

---

<sup>21</sup> MELLA (2017), p. 37.

<sup>22</sup> OSIO (2015), p. 417; CAAMAÑO (2010), pp. 96-97.

<sup>23</sup> Véase CATAÑO y GÓMEZ(2014), pp. 87-89. Sobre el derecho a la desconexión, AGUILERA y CRISTÓBAL (2017), p. 334.

<sup>24</sup> Véase BELZUNEGUI (2008), pp. 132 y ss.

<sup>25</sup> JEFFERY (2005), p. 21.

<sup>26</sup> JEFFERY (2005), pp. 208 y ss.; UGARTE (2007), pp. 181-183; CAAMAÑO (2010), pp. 87-88; QUINTANILLA (2017), pp. 117-119.

<sup>27</sup> BUIRA (2012), p. 24. Véase también, LLAMOSAS (2015), pp. 30-32 y PINTO (2020), pp. 236 y ss.

<sup>28</sup> La afirmación, sin embargo, merece un matiz. La Ley Nº 19.759, que modificó el Código del Trabajo, quiso hacerse cargo de la figura, al introducir una modificación al artículo 22, inciso 4º, que en su nueva redacción dispuso: “Asimismo, quedan excluidos de la limitación de jornada, los trabajadores contratados para que presten sus servicios preferentemente fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios informáticos o de telecomunicaciones”. Esta regulación, ya había convencido a la doctrina, de que el teletrabajo debía estar sujeto, necesariamente, a un régimen de contratación laboral. Véase UGARTE (2007), p. 193 y CAAMAÑO (2010), p. 91. No obstante, parece difícil deslindar cuándo se está frente a una verdadera relación de subordinación. Para el concepto central de ajenidad en dicha relación, véase LLAMOSAS (2015), pp. 40-46.

mientras que el teletrabajo es una especie o modalidad del trabajo a distancia. También es una precisión que introduce la doctrina.<sup>29</sup> Según el artículo 152 quáter G, incisos 2° y 3°: “Es trabajo a distancia aquel en el que el trabajador presta sus servicios, total o parcialmente, desde su domicilio u otro lugar o lugares distintos de los establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa. Se denominará teletrabajo si los servicios son prestados mediante la utilización de medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones o si tales servicios deben reportarse mediante estos medios”. Naturalmente, esta es una cuestión de importancia, porque dependiendo de una modalidad u otra, el deber de seguridad del empleador se presentará de manera diversa.

Tanto el trabajo a distancia, como el teletrabajo pueden desarrollarse en conforme al régimen de jornada ordinaria, aunque también es posible pactar que el trabajador distribuya libremente su jornada, conforme al artículo 22 del Código del Trabajo (artículo 152 quáter J); el contrato debe contener menciones específicas (artículo 152 quáter K), que comprende, entre otras materias: a) lugares específicos en el que se desarrollará la jornada; b) distribución de la jornada; c) mecanismo (s) de supervisión del empleador.

Aunque la regulación está pensada para el sector privado, se ha introducido la figura del teletrabajo en el sector público. En esta materia, se debe tener en especial consideración el artículo 206bis del Código del Trabajo, introducido por la Ley 21.391, de 24 de noviembre de 2021.

La norma dispone: “Si la autoridad declarare estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública o una alerta sanitaria con ocasión de una epidemia o pandemia a causa de una enfermedad contagiosa, el empleador deberá ofrecer al trabajador que tenga el cuidado personal de al menos un niño o niña en etapa preescolar, la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, regulada en el Capítulo IX del Título II del Libro I del presente Código, en la medida que la naturaleza de sus funciones lo permitiere, sin reducción de remuneraciones. Si ambos padres son trabajadores y tienen el cuidado personal de un niño o niña, cualquiera de ellos, a elección de la madre, podrá hacer uso de esta prerrogativa. Si la autoridad declarare estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, o una alerta sanitaria con ocasión de una epidemia o pandemia a causa de una enfermedad contagiosa, y adoptare medidas que impliquen el cierre de establecimientos de educación básica o impidan la asistencia a los mismos, el empleador deberá ofrecer al trabajador que tenga el cuidado personal de al menos un niño o niña menor de doce años, que se vea afectado por dichas circunstancias, la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, en la medida que la naturaleza de sus funciones lo permitiere, sin reducción de remuneraciones. En este caso, el trabajador deberá entregar al empleador una declaración jurada de que dicho cuidado lo ejerce sin ayuda o concurrencia de otra persona adulta. Esta modalidad de trabajo se mantendrá vigente durante el período de tiempo en que se mantengan las circunstancias descritas anteriormente, salvo acuerdo de las partes”.

Como sabemos, en nuestro país se decretó estado de excepción constitucional por calamidad pública, mediante Decreto N° 104, de 18 de marzo de 2020, prorrogado mediante Decreto N° 269, de 16 de junio de 2020; Decreto N° 153, de 25 de junio de 2021, y permaneció hasta el 30 de septiembre de 2021.

---

<sup>29</sup> Véase BUIRA (2012), pp. 21; 31-34; RODRÍGUEZ (2015), p. 71.

La declaración del estado de excepción se tradujo, a su vez, en la dictación de la Resolución Exenta N° 43, que dispone medidas sanitarias que indica por brote de Covid-19 y establece nuevo plan “Paso a Paso”, con la modificación de la Resolución 590 Exenta, de 26 de junio de 2021. La última actualización del Plan Paso a Paso operó en virtud de la Resolución Exenta 994, de 1 de octubre de 2021, modificado a su vez por la Resolución Exenta 1266, de 4 de diciembre de 2021. El plan, en definitiva, fue sustituido por la Resolución 494 Exenta, de 14 de abril de 2022, que establece un nuevo plan “Paso a Paso. Seguimos cuidándonos juntos”.<sup>30</sup>

Es la norma en análisis fue interpretada, en primer lugar, mediante Dictamen N° 150/18, de 15 de junio de 2022. Según el Dictamen: “(...) el empleador deberá ofrecer al trabajador que tenga al cuidado un niño o niña en etapa preescolar, la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, regulada en el Capítulo IX del Título II del Libro I de este Código, en la medida que la naturaleza de las funciones lo permitiere, sin reducción de sus remuneraciones”. A continuación, agrega que, “(...) Si ambos padres son trabajadores y tienen el cuidado personal de un niño o niña, cualquiera de ellos, a elección de la madre, podrá hacer uso de la prerrogativa. En tal sentido, prevé que en el evento de surgir la necesidad de cerrar un establecimiento escolar, o que se impida la asistencia de los menores “(...) el empleador deberá ofrecer al trabajador que tenga el cuidado personal de a lo menos un niño o niña menor de doce años, que se vea afectado por dichas circunstancias, la modalidad trabajo a distancia o teletrabajo, en la medida que las funciones lo permitieren”.

Es precisamente el beneficio del artículo 206 bis del Código del Trabajo el que se aplica a los órganos de la administración pública, y que invoca el recurrente, único caso en que el estatuto del teletrabajo puede ser aplicado al ámbito público. Como se dijo en el Dictamen E223042, de 9 de junio de 2022:<sup>31</sup> “Al respecto, el ente contralor señala que los trabajadores del sector público, cualquiera sea su estatuto laboral, que se encuentren en las hipótesis reguladas en el artículo 206 bis del Código del Trabajo, pueden acceder a este beneficio, debiendo solicitarlo a su empleador. No obstante, como la Administración del Estado se encuentra impedida de pactar libremente el régimen de teletrabajo regulado en el Capítulo IX del Título II del Libro I del referido código, pues esa modalidad fue prevista por el legislador para el sector privado, advierte que se debe conciliar la forma de entregar el beneficio previsto en el artículo 206 bis para dichos funcionarios, de manera de dar observancia a la obligación impuesta por la ley que se extiende por igual al sector privado como al público. En tal sentido, sostiene que, tratándose de servidores cuyo estatuto sea el Código Laboral y que se encuentran en alguna de las hipótesis previstas en el citado artículo 206 bis, estos acceden excepcionalmente a la modalidad de teletrabajo, razón por la cual deben suscribir un anexo a su contrato de trabajo que regule el teletrabajo durante el período respectivo, en la especie, mientras dure la alerta sanitaria por la pandemia COVID-19. En tanto, tratándose de servidores que se rijan por estatutos distintos del Código del Trabajo, se deben aplicar en su entrega las medidas de gestión interna reconocidas a los jefes de servicio. Sin embargo, aunque que la regulación normativa mediante la cual se implementa el beneficio del artículo 206 bis varía según el estatuto de que se trate, esa circunstancia no puede implicar crear condiciones desiguales para su acceso y ejercicio”.

<sup>30</sup> El denominado plan paso a paso, las medidas que se adoptan y su actualización, puede consultarse en la página <https://www.gob.cl/coronavirus/pasoapaso/>.

<sup>31</sup> El Dictamen vino a complementar el Dictamen E177724N22, de 21 de enero de 2022.

### III. CONCLUSIONES

El teletrabajo constituye una modalidad laboral que presenta enormes desafíos para el Derecho laboral. En tanto instrumento normativo, permite un mejor ajuste de las distintas realidades laborales, personales y familiares, un mejor ajuste. Es lo que se aprecia en el fallo, que tiene la virtud de articular, para un régimen de funcionarios públicos el teletrabajo a partir del artículo 206 bis del Código del trabajo, como un mecanismo para conciliar la vida familiar. Con todo, la sentencia deja cuestiones implícitas que conviene preguntarse. En primer lugar, la sentencia deja implícita la cuestión de si la corresponsabilidad parental es efectivamente aplicado, en la medida que el recurrente acreditó que la madre no podía tener al cuidado el hijo. Nos preguntamos si la decisión hubiese sido la misma, en el caso que la madre hubiese estado en condiciones de cuidar al menor. En segundo lugar, el fallo muestra, ahora en una reflexión que puede hacerse articulada con la jurisprudencia administrativa, la forma en la que el teletrabajo, pensado para el régimen privado, puede articular a propósito de los funcionarios públicos.

### BIBLIOGRAFÍA

#### Doctrina citada

- AGUILERA IZQUIERDO, Raquel y CRISTÓBAL RONCERO, Rosario (2017): “Nuevas tecnologías y tiempo de trabajo: el derecho a la desconexión tecnológica”, en: VV.AA., *Conferencia nacional tripartita: el futuro del trabajo que queremos* (Madrid, OIT, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, vol. III).
- AMBESI, Leonardo Jesús (2019): “Tecnología, relaciones laborales y derecho del trabajo: acerca de la tensión entre la técnica y la persona”, en: *Estudios Socio-Jurídicos* (vol. 21, núm. 1).
- BARRAÑO CID, M. y DE LA PAZ, J. (1999): “Pluralización y modernidad de los hogares y las formas familiares: hacia la familia postradicional”, en: GONZÁLEZ ORTEGA, S. (director), *Seguridad Social y Familia* (Madrid, La Ley).
- BELZUNEGUI ERASO, Ángel (2008): “Teletrabajo en España, acuerdo marco y administración público”, en: *Revista Internacional de Organizaciones* (núm. 12).
- BUIRA CIPRÉS, Jordi (2012): *El teletrabajo. Entre mito y realidad* (Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya).
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2004): “Conciliación de trabajo y vida familiar. Un análisis desde la perspectiva del derecho del trabajo chileno”, en: *Revista de Derecho Valdivia* (v. 16).
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2005): “Las transformaciones del Trabajo, la crisis de la relación laboral normal y el desarrollo del empleo atípico”, en: *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile* (vol. 18, núm. 1).
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2008): “El permiso parental y la progresiva inclusión del padre en los derechos para la armonización del trabajo y la vida familiar”, en: *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica del Valparaíso* (vol. XXXI).
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2010): “El teletrabajo como una alternativa para promover y facilitar la conciliación de responsabilidades laborales y familiares”, en: *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (vol. XXXV).

- CARDONA RUBERT, María Belén (2003): “Las relaciones laborales y el uso de las tecnologías informáticas”, en: *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales* (núm. 1).
- CASAS BAAMONDE, M. E. (1998): “Transformaciones del trabajo, trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo”, en: *Revista Laboral* (núm. 11).
- CATAÑO RAMÍREZ, Sara y GÓMEZ RÚA, Natalia (2014): “El concepto de teletrabajo: aspectos para la seguridad y salud en el empleo”, en: *CES Salud Pública* (núm. 5)
- CERVILLA GARZÓN, María José y JOVER RAMÍREZ, Carmen (2015): “Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales”, en: *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* (vol. 3, núm. 4).
- DONOSO SIÑA, Enrique (2007): “Descenso de la natalidad en Chile: un problema país”, en: *Revista Chilena de obstetricia y ginecología* ( vol. 72, núm. 2).
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2010): *Trabajo y Derecho* (Santiago, LegalPublishing).
- GAUTHIER, Gustavo (2016): “Impacto de las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo”, en: VV.AA. *A veinte años de la reforma jubilatoria. Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social* (Colonia del Sacramento).
- GIMÉNEZ, Daniel M. (2004): “Género, previsión y ciudadanía social en América Latina”, en: MARCO, Flavia (coordinadora), *Los sistemas de pensiones en América Latina: un análisis de género* (Santiago, Cepal).
- JEFFERY, Mark (2005): “Derecho del trabajo en la sociedad de la información”, en: Peguera Poch, Miquel (coordinador), *Derecho y nuevas tecnologías* (Barcelona, Universitat Oberta de Catalunya).
- LLAMOSAS TRÁPAGA, Aida (2015): *Relaciones laborales y nuevas tecnologías de la información y de la comunicación: una relación fructífera no exenta de dificultades* (Madrid, Dykinson)
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando (2008): *Permiso de paternidad y conciliación masculina* (Albacete, Bomarzo).
- MELLA, Lourdes (2017): *El teletrabajo en España: aspectos teóricos-prácticos de interés* (Madrid, La Ley).
- OSIO HAVRILUK, Lubica (2015): “Salud y seguridad en el teletrabajo. Caso: Argentina”, en: *Revista Visión Gerencial* (vol. 14, núm. 22).
- PABLOS DE ESCOBAR, Laura (2004): “Participación laboral femenina. Análisis de los factores determinantes. La importancia de la educación”, en: AA.VV. *XI Encuentro de Economía Pública* (Madrid).
- PINTO SARMIENTO, Yenny (2018): “Permiso para el cuidado de hijos con enfermedades catastróficas: una nueva regulación en Chile”, en: AA.VV., *II Encuentro Latinoamericano de Jóvenes Juristas. Pensando el futuro del Derecho del Trabajo: la conciliación entre el trabajo y la vida personal* (Montevideo, Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social).
- PINTO SARMIENTO, Yenny (2020): “El derecho de desconexión en el teletrabajo y salud laboral en tiempos de pandemia”, en: DOMÍNGUEZ MONTOYA, Álvaro y ROSAS BERTIN, Diego (coordinadores), *Derecho del trabajo y los efectos laborales de la crisis y emergencia sanitaria en Chile* (Santiago, Thomson Reuters).
- QUINTANILLA NAVARRO, Raquel (2017): “El teletrabajo: de la dispersión normativa presente a la necesaria regulación normativa europea y estatal futura”, en: VV.AA., *Conferencia nacional tripartita: el futuro del trabajo que queremos* (Madrid: OIT, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, vol. III).
- RASO DELGUE, J. (2016): “La economía virtual. Nuevos retos para el Derecho del Trabajo”, en: *Revista de Derecho Laboral* (t. LIX, vol. 262).
- RIQUELME GIAGNONI, Verónica (2011): *¿La maternidad castigada? Discriminación y malos tratos* (Santiago, Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo).

- ROCHA SÁNCHEZ, Fernando (2017): “La digitalización y el empleo decente en España. Retos y propuestas de actuación”, en: VV.AA., *Conferencia nacional tripartita: el futuro del trabajo que queremos* (Madrid: OIT, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, vol. III).
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana (2005): “La protección jurídico-laboral de la maternidad: algunas cuestiones pendientes”, en: *Temas Laborales* (núm. 82).
- RODRÍGUEZ MEJÍA, Marcela (2007): “El teletrabajo en el mundo y Colombia”, en: *Revista Gaceta Laboral* (vol. 13, núm. 1).
- RODRÍGUEZ REYES, Isaías (2015): “Análisis jurídico a la figura del trabajo a distancia”, en: *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social* (vol. 6, núm. 11).
- SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, Alfredo (2010): “Trabajo y tecnología: cambios y desafíos para la Seguridad Social”, en: *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 11.
- TORTUERO PLAZA, J.L. (2006): *50 propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral. Del permiso de paternidad obligatorio... al apoyo de las PYMES*, (Pamplona, Thomson Civitas).
- UGARTE CATALDO, José Luis (2007): *El nuevo Derecho del Trabajo* (Santiago, LegalPublishing).

#### **Normativa citada**

- Decreto Nº 104, de 18 de marzo de 2020.
- Decreto Nº 269, de 16 de junio de 2020.
- Decreto Nº 153, de 25 de junio de 2021.
- Resolución Exenta Nº 43, 15 de enero de 2021.
- Resolución 590 Exenta, de 26 de junio de 2021.
- Resolución Exenta 994, de 1 de octubre de 2021.
- Resolución Exenta 1266, de 4 de diciembre de 2021.
- Resolución 494 Exenta, de 14 de abril de 2022.

#### **Jurisprudencia citada**

- Dictamen Contraloría General de la República, E177724N22, de 21 de enero de 2022.
- Dictamen Contraloría General de la República, E223042, de 9 de junio de 2022.
- Dictamen Dirección del Trabajo, Nº 150/18, de 15 de junio de 2022.